

RÉGIMEN DE ESTANCIAS, VISITAS, COMUNICACIONES Y
RELACIÓN CON LOS MENORES TRAS LA LEY 8/2021, DE 2
DE JUNIO

*THE REGULATION OF STAYS, VISITS, COMMUNICATIONS AND
RELATIONS WITH MINORS AFTER THE LAW 8/2021, OF 2 JUNE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1622-1651

Blanca SILLERO
CROVETTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza el contenido del artículo 94 del Código Civil tras la redacción dada por el artículo 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Se trata de ordenar la custodia individual y el derecho de visitas y comunicación desde el principio de preservar a niños y niñas de una situación objetiva de peligro o riesgo y en caso de que no pueda garantizarse un entorno seguro y libre de violencia, no establecer contactos con el progenitor. Suspender el régimen de visitas en todos los supuestos en los que niños y niñas hubieran presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de la adopción de las medidas necesarias para impulsar la aplicación de los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004. Que nuestros tribunales siguiendo las directrices de la Convención sobre los Derechos del Niño, no sigan interpretando que el interés superior del niño y de la niña es siempre mantener el contacto con uno de sus progenitores, incluso cuando éstos son violentos o abusivos.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad; guarda y custodia, derechos de visita, comunicación y estancia; violencia de género; interés del menor.

ABSTRACT: *This paper analyses the content of Article 94 of the Spanish Civil Code after the wording given by Article 2 of Law 8/2021 of 2 June. It is a question of ordering individual custody and the regime of visitation and communication starting from the principle of preserving children from an objective situation of danger or risk, so that, in the event that a safe and violence-free environment cannot be guaranteed, contact with the parent is not established. This may involve suspend visitation in all cases in which children have been witnessed, suffered or lived with violence, without prejudice to the adoption of the necessary measures to promote the application of articles 65 and 66 of Organic Law 1/2004. As a consequence, our courts, following the guidelines of the Convention on the Rights of the Children, should not continue interpreting that the best interests of the child is always to maintain contact with one of their parents, even when the parents are violent or abusive.*

KEY WORDS: *Parental authority; care and custody; right of visits; communication and stay; gender-based violence; best interest of the child.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ANTECEDENTES NORMATIVOS ARTÍCULO 94 CÓDIGO CIVIL.- III. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 94 CÓDIGO CIVIL.- 1. Una regla general para los supuestos en que no proceda la guarda y custodia compartida.- 2. Excepciones facultativas a dicha regla general.- 3. Excepciones de carácter imperativo.- 4. La excepción de la excepción.- 5. La excepción, de la excepción, de la excepción.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La violencia de género es la manifestación más cruel e inhumana de la secular desigualdad existente entre mujeres y hombres que se ha producido a lo largo de la historia, en todos los países y culturas y con independencia del nivel, social, cultural o económico de las personas que la ejercen y la padecen.

Combatir todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico o perjuicio económico para la mujer, tanto en la vida pública como en la vida privada, es una cuestión de Estado, ya que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La violencia de género es un problema de toda la sociedad. Toda la sociedad tiene que involucrarse en la búsqueda de soluciones para proteger a las víctimas así como a sus hijas e hijos, rechazar a los maltratadores y prevenir la violencia.

España ha sido un país pionero en la lucha contra la violencia de género. En la actualidad, nuestro país dispone de una amplia relación de normas que prevén, desde un punto de vista integral, la persecución y eliminación de cualquier forma de violencia ejercida sobre la mujer. A lo que hay que añadir el importante esfuerzo normativo desplegado por las Comunidades Autónomas que han aprobado leyes para combatir la violencia de las mujeres dentro de su ámbito competencial.

Efectivamente se han alcanzado resultados positivos a lo largo de los últimos años pero pese a los avances legales de carácter nacional e internacional las mujeres siguen siendo controladas, amenazadas, agredidas y asesinadas. El año 2021 termina con al menos 43 mujeres víctimas mortales de la violencia de género, la cifra más baja registrada desde que se comenzaron a recopilar datos sobre esta lacra, en 2003. Por el contrario, se ha duplicado el número de menores asesinados por violencia de género, que pasa de los tres contabilizados en 2020, a los seis registrados este año¹. Además, 30 niños se quedaron huérfanos de madre

¹ Estos delitos en los que el agresor utiliza a los menores para infligir daño a la madre se conocen como "violencia vicaria". Precisamente, uno de los objetivos del Gobierno para este año 2022 es incorporar a

por esta lacra en 2021. A lo que se añade que, han repuntado otras formas de violencia de género y nuevas formas de violencia vinculadas a lo que Naciones Unidas ha definido como prácticas tradicionales nocivas que deben hallar también una respuesta adecuada en la legislación española.

Resulta necesario identificar, por una parte, las disfunciones y carencias y de otro, formular propuestas de mejora para dar respuesta y acrecentar la lucha contra esa lacra social con más y mejores medios.

El grupo de expertos de Naciones Unidas que se conoce como los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos², realizó en Ginebra, el día 9 de diciembre de 2021, un comunicado en el que denuncia que “El Gobierno de España debe hacer más, para proteger a los niños de la violencia doméstica y los abusos sexuales, garantizar que sus tribunales superen los prejuicios contra las mujeres y aplicar un enfoque centrado en los niños y de género.

Los menores en España están expuestos a la violencia y los abusos sexuales por un sistema judicial que no les protege de los padres abusivos, dijeron los expertos. Incluso en los casos en los que existen antecedentes de violencia doméstica o pruebas de maltrato, las decisiones judiciales a menudo favorecen a los padres varones, incluso en aquellos casos en los que existen motivos razonables para sospechar que abusan hacia los niños y sus madres”.

“Una de las causas fundamentales de este problema es la existencia de un sesgo discriminatorio contra las mujeres, que hace que su testimonio se perciba como menos creíble que el de los hombres. Las mujeres tienen aún menos

la Ley Integral contra la Violencia de Género el término “violencia vicaria”, que es el que se ejerce contra los familiares para hacer daño a la víctima y que ya recoge la norma aunque no con este nombre. 41 menores han sido asesinados en España por violencia de género desde 2013, año en el que se empezaron a contabilizar de forma oficial estos datos y desde que se registran no ha habido ni un solo año sin la muerte de al menos un menor por violencia machista. Seis fueron los menores asesinados en 2013 por la pareja o exparejas de sus madres, cifra que descendió a cuatro un año después y se elevó a cinco en 2015. En 2016, se registró la muerte de un menor por violencia de género y en 2017 se contabilizó el número más alto hasta ahora, fueron ocho los niños asesinados mientras que en 2019 y 2020 se registraron tres víctimas, en caso uno de esos años. 1118 son las mujeres asesinadas por violencia de género desde que se empezaron a contabilizar estos asesinatos en 2003. Los datos de la Comunidad Autónoma de Andalucía aparecen reflejados en el Informe al Parlamento, 2020, realizado por el DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA, disponible en https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/7550_d_InformeDMA2020.pdf.

2 Las y los expertos: Reem Alsalem, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias; Melissa Upreti (*Presidenta*), Dorothy Estrada Tanck (*Vicepresidenta*), Elizabeth Broderick, Ivana Radačić y Meskerem Geset Techane, Grupo de Trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y las niñas; Tlaleng Mofokeng, Relatora Especial sobre el derecho a la salud física y mental; Niils Melzer, Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Los Expertos y las expertas forman parte de lo que se conoce como los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos. Los Procedimientos Especiales, el mayor órgano de expertos independientes del sistema de derechos humanos de la ONU, es el nombre general de los mecanismos independientes de investigación y supervisión del Consejo que se ocupan de situaciones de países específicos o de cuestiones temáticas en todas las partes del mundo. Los expertos de los Procedimientos Especiales trabajan de forma voluntaria; no son personal de la ONU y no reciben un salario por su trabajo. Son independientes de cualquier gobierno u organización y prestan servicios a título individual.

probabilidades de ser creídas cuando denuncian la violencia física y sexual cometida por los padres contra ellas y sus hijos”.

“España debe hacer más, para que su legislación sea operativa y para que todos los funcionarios del sistema de justicia apliquen un enfoque sensible al género y centrado en el niño en los casos de custodia de los hijos y de violencia doméstica, además de tomar medidas efectivas para prevenir estos actos de violencia que pueden constituir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o incluso tortura”, dijeron los expertos. “El Gobierno debe cumplir con su responsabilidad de garantizar que los niños, las niñas y las mujeres puedan vivir y prosperar libres de violencia”.

La reciente publicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha sido el instrumento normativo por medio del cual el legislador ha incorporado a nuestro Derecho positivo una reforma radical en el régimen de la patria potestad y, en particular, en su articulación con ocasión de los procesos de crisis familiar cuando la misma va acompañada de los términos a que se refiere el nuevo artículo 94 del Código Civil (en adelante CC), que dispone así:

“La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior.

La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Asimismo, la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran las circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y

las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género³.

No obstante, la autoridad judicial podrá establecer el régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior”.

Apenas dos días más tarde de la publicación de esta Ley 8/2021, se publica en el BOE la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, texto que reforma el artículo 92 CC⁴, y que según se afirma en el Preámbulo, esta reforma se realiza para, “reforzar el interés del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio, así como para asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia”, además incluye la reforma del apartado séptimo del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), en un sentido coincidente con el artículo 94 CC⁵.

Si bien ya avanzamos nuestra opinión positiva respecto de la necesaria reforma del artículo 156 del Código Civil así como de los artículos 92 y 94, por cuanto se trata, en último término, de ordenar la custodia, individual o conjunta, y el derecho de visitas desde el principio de preservar al menor de una situación objetiva de peligro o riesgo ¿no hubiera sido más adecuado someter los dos preceptos, artículos 92 y 94 CC, y la reforma del artículo 544 ter apartado séptimo LECrim a un mismo proceso de reforma con unidad de incorporación?, además de conseguir

- 3 El día 3 de septiembre de 2021, el Grupo Parlamentario VOX en el Congreso de los Diputados presentó recurso de inconstitucionalidad, contra el artículo Segundo apartado diez y nueve de la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, por la nueva redacción que confiere a los artículos 94 párrafo 4º y 156.2º.
- 4 Artículo modificado por la Disposición Final 2ª de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Disponiendo el apartado 2: “El Juez cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión” y añadiendo un nuevo apartado 10, en los siguientes términos, “El Juez adoptará al acordar fundamentalmente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos”.
- 5 “[...] 7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio sobre la pertinencia de la adopción de la referidas medidas”.

un resultado más adecuado se hubiera evitado la dificultad de buscar los criterios de interpretación normativa en un legislación tan asistemática⁶.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS ARTÍCULO 94 CÓDIGO CIVIL.

Encontramos en la redacción original de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de octubre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, los antecedentes en los que se advierte la necesidad de articular medidas de protección respecto de los menores que resultaban afectados por la perpetración de infracciones penales en el ámbito de la violencia de género. Los artículos 65 y 66 dotan al Juez de la capacidad para acordar, de forma facultativa, la suspensión para el inculpado por violencia de género del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia respecto de los menores a los que se refiere, así como ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes.

La reforma operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia fue más allá y tras ampliar la suspensión al acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, añadió y con carácter imperativo que si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución. Añadiendo el artículo 66 la posibilidad de suspensión no sólo respecto del régimen de visitas, sino también de estancia, relación y comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependen de él, añadiendo un segundo inciso análogo al del artículo 65: si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución⁷.

6 ORTEGA CALDERÓN, J.L.: "La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código civil tras la reforma por Ley 8/2021, de 2 de junio", *Diario La Ley*, n° 9892, 15 de julio 2021, p. 2.

7 La reforma, como afirma MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., insiste en ordenar a los jueces que conocen de supuestos de violencia de género que se pronuncien sobre la relación que deben mantener los menores con el agresor de la mujer durante la tramitación del procedimiento. A ese fin les insta a que adopten medidas cautelares para proteger al menor, al abrir las primeras diligencias o durante la fase de instrucción. Ya que si bien es sabido que la Ley Integral ya incluía algunas medidas preventivas y de protección, esas medidas se aplicaban en escasas ocasiones, lo que contribuía a la desprotección de los menores, "Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género", *InDret*, abril, 2018, p. 10. Sobre la escasa aplicación de estas medidas SILLERO CROVETTO, B.: "Análisis y evaluación de las

Se justifica la reforma del sistema de protección de la infancia en la propia exposición de motivos en los siguientes términos: “Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar condiciona su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o exparejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma”⁸.

A pesar de que el CC, no introduce la supresión o suspensión del régimen de visitas en custodia exclusiva, a progenitores incurso en procesos penales de determinados tipos penales hasta 2021, sí lo hacía respecto de la guarda y custodia conjunta en el artículo 92.7 CC, respecto de los mismos tipos penales⁹.

La Sala de los Civil del Tribunal Supremo en aplicación de este precepto, ha rechazado la procedencia de la custodia compartida en las sentencias 350/2016, 26 de mayo¹⁰, que tiene en cuenta el auto de incoación de procedimiento abreviado y la influencia de los hechos enjuiciados en las condiciones en que debe ejercerse la custodia; 23/2017, 17 de enero¹¹, en la que la condena por amenazas en el ámbito familiar, con prohibición de comunicación, impide la posibilidad de diálogo; 175/2021, de 29 de marzo¹², toma en consideración la condena por maltrato y el

competencias civiles de los Juzgados de violencia sobre la mujer”, *Revista de Derecho de Familia*, n.º. 54, 2012, pp. 57-94.

- 8 El cese cautelar de la convivencia de los progenitores y la adopción de medidas que implicaba el alejamiento entre ellos, reclamaba lógicamente la adopción de medida que regulara la situación de unos menores que ya no podían quedar sujetos a un régimen de patria potestad ejercicio por ambos y respecto del que la necesidad de preservar las medidas de alejamiento y prohibición de comunicación hacía imprescindible un pronunciamiento civil, junto con el realizado en el orden penal, para lo que en la práctica se acude al juego conjunto de los artículos 544 ter y 13 LECrim. ORTEGA CALDERÓN, J.L.: “La suspensión”, cit., p. 3.
- 9 Artículo 92.7, “No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”, cursiva para indicar que se ha añadido a este apartado por la modificación del precepto por la Disposición Final segunda de la LO 8/2021. Vid. PÉREZ VALLEJO, A M.º. “Custodia compartida y violencia de género: cuestiones controvertidas es art. 92.7 Código Civil”, *Revista de Estudios de las Mujeres*, vol. 4, 2016, pp. 87-115.
- Apartado 7 del artículo 92 CC que ha sido modificado en virtud del artículo primero de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (BOE núm. 300 de 16 de diciembre de 2021) añadiendo el siguiente texto: “Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio de control o victimizar a cualquiera de estas personas”. Norma que entrará en vigor a los 20 días de su publicación en el BOE, al no disponer la ley lo contrario.

10 ROJ: 2304/2016.

11 ROJ: 161/2017.

12 ROJ: 1126/2021.

mal pronóstico en la forma en que los padres deben coordinarse para el cuidado de los hijos; 372/2021, de 31 de mayo¹³, aprecia los indicios de criminalidad que resultan del auto de un juzgado de violencia y que son incompatibles con una relación razonable que permita el intercambio fluido de información y consenso exigidos por la jurisprudencia para adoptar la custodia compartida, toda vez que las relaciones personales de los litigantes sobrepasan con creces el umbral de los desencuentros propios de la crisis de convivencia generando un proceso penal abierto.

Del mismo modo, a nivel autonómico encontramos anteriores previsiones que igualmente, abordan una visión más amplia, acerca de la no concesión de la guarda y custodia en este tipo de supuestos.

Por un lado, en 2010 en Cataluña, el artículo 233-II apartado tercero del Código Civil Catalán, en el Libro II relativo a la persona y la familia, ya disponía que “en interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser *víctimas directas o indirectas*”. Artículo que ha sido recientemente reformado el pasado 30 de noviembre de 2021, con un cuerpo bastante semejante al nuevo artículo 94 CC, matizando que sin necesidad de sentencia, no habrá visitas mientras “se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad y la indemnidad sexual del otro progenitor o sus hijos o hijas, o esté en situación de prisión por estos delitos y mientras no se extinga la responsabilidad penal”¹⁴. Importante ampliación a los casos de no extinción de la responsabilidad penal en cuanto alcanza a la imposición de cualquier pena, que

13 ROJ: 2255/2021. “En el caso presente, resulta que el demandado no ha sido simplemente denunciado por violencia de género, mediante la atribución de unos hechos que debieran ser objeto de investigación para determinar su existencia y realidad, sino que se encuentra, en términos del mentado precepto, incurso en un proceso penal en condición de investigado y con respecto al cual el juez de Violencia de Género n.º I de Córdoba dicta auto de 19 de noviembre de 2019, en el que aprecia indicios de criminalidad con respecto a la comisión por su parte del delito del art. 153.I del CP, por haber agredido a la que entonces era su mujer. [...] En definitiva, no nos hallamos ante una simple denuncia, sino ante un auto de atribución de un hecho delictivo, tras culminar la correspondiente investigación judicial, y constatar la existencia de indicios racionales de criminalidad de haber atentado contra integridad física de la que entonces era su esposa, en un contexto de control y relaciones disfuncionales”.

14 El Decreto Ley 26/2021, de 30 de noviembre, que entró en vigor el 3 diciembre de 2021, modifica el Libro II del Código Civil catalán, con ánimo de proteger a los menores, prohíbe las estancias, relaciones y comunicaciones entre los hijos e hijas y el padre en los casos de violencia vicaria, quedando el art 233-II, con la siguiente redacción:
“En interés de los hijos e hijas, no se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, cuando haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista.
Tampoco se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, mientras se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la

puede ir desde pena de prisión, localización permanente, o privativa de derechos como el derecho a portar armas, a conducir vehículos a motor, a residir en un lugar determinado etc., hasta incluso la imposición de una multa pecuniaria, referida a este tipo de delitos

Por otro lado, tanto el art 80.6 Código del Derecho Foral de Aragón en 2011, como la Ley 71 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, con un contenido prácticamente idéntico, ya contemplaban que “no procedía la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente: 1) esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas. 2) se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá la atribución cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género. Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal. La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos”.

Podríamos concluir, que el legislador ha tomado como base tanto el citado artículo 92.7 CC, como las previsiones autonómicas, encontrando cierta similitud con la nueva redacción del artículo 94 CC.

En el plano internacional, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, también conocido como Convenio de Estambul, firmado el 11 de mayo de 2011¹⁵, contempla en su artículo 31 relativo a la custodia, derecho de visita y seguridad lo siguiente:

“1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visitas relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

libertad y la indemnidad sexual del otro progenitor o sus hijos o hijas, o esté en situación de prisión por estos delitos y mientras no se extinga la responsabilidad penal”.

15 El Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa, se publica en el BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

2. Las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños¹⁶.

Respecto de las sanciones y medidas a adoptar, dispone el artículo 45 de dicho Convenio:

“1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que los delitos previstos en el presente Convenio sean castigados con sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas, según su gravedad. Estas incluirán, en su caso, las penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición.

2. Las Partes podrán adoptar otras medidas en relación con los autores de los delitos, tales como:

- El seguimiento o la vigilancia de la persona condenada;
- La pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma”.

Estos antecedentes normativos tienen especial trascendencia en cuanto valoran la incidencia que la perpetración de un delito de violencia de género tiene sobre la descendencia común de víctima y agresor de forma que pueda provocar que la sentencia penal se pronuncie sobre la privación o inhabilitación para su ejercicio por parte del agresor, sin necesidad de esperar al proceso civil oportuno¹⁷.

Adquieren, además, especial relevancia el Pacto de Estado contra la Violencia de Género¹⁸, cuyo documento de síntesis de fecha 13 de mayo de 2019 relativo

16 Vid. GIL RUIZ, J. M^º: *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisuabordinadorio: La suspensión del derecho de visitas en contextos de violencia de género*, Madrid, Editorial Dykinson, 2018, págs. 213 y 215.

17 Vid. ORTEGA CALDERÓN, J.L.: “Régimen de estancia visitas, comunicaciones y relación con menores tras la LO 8/2021 de 4 de junio”, 2021, disponible en: <https://elderecho.com/>

18 La violencia de género es un problema de toda la sociedad. Toda la sociedad tiene que involucrarse en la búsqueda de soluciones para proteger a las víctimas así como a sus hijas e hijos, rechazar a los maltratadores y prevenir la violencia. Es por ello que el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad, en su sesión de 15 de noviembre de 2016, una Proposición no de Ley por la que se instaba al Gobierno a promover la suscripción de un pacto de Estado en materia de Violencia de Género por el Gobierno de la Nación, las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y la Federación Española de Municipios y Provincias.

Por su parte, la Comisión de Igualdad del Senado decidió, el 21 de diciembre de 2016, la creación de una Ponencia que estudiase y evaluase, en materia de Violencia de Género, los aspectos de prevención, protección y reparación de las víctimas, analizase la estrategia para alcanzar e implementar un pacto de Estado contra la Violencia de Género y examinase la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

El 13 de septiembre de 2017 el Pleno del Senado aprobó, por unanimidad el informe de la Ponencia de Estudio, y el Congreso, en sesión plenaria del 28 de septiembre de 2017, aprobó sin ningún voto en contra el Informe de la subcomisión para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género.

El resultado de estos informes fueron la redacción de 214 medidas en el caso del Congreso y 267 en el caso del Senado a partir de las cuales se desarrolla el Pacto de Estado contra la Violencia de Género cuya

a las medidas propuestas por el Congreso y el Senado incluía expresamente como eje cuarto: La intensificación de la asistencia y protección de menores. La protección específica de los y las menores; parte de su reconocimiento como víctimas directas y lleva aparejada la necesidad de ampliar y mejorar las medidas dirigidas a su asistencia y protección con la implantación de nuevas prestaciones en los caso de orfandad como consecuencia de la violencia de género; de revisar las medidas civiles relativas a la custodia de los menores; de fomentar las actuaciones de refuerzo en el ámbito educativo y de impulsar los Puntos de Encuentro Familiar para los casos relacionados con la violencia de género.

En desarrollo de este eje cuarto se incluyen las medidas 200 a 216, de las que destacamos por su especial relevancia en lo que nos concierne, las medidas 204 y 205, en los siguientes términos:

“204: Establecer el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para impulsar la aplicación de los artículos 65 y 66 Ley Orgánica 1/2004.

205: Prohibir las visitas de los menores al padre en prisión condenado por violencia de género”.

Este Pacto de Estado prevé no sólo impulsar las medidas previstas en los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004, que todavía mantenía el carácter facultativo de la decisión judicial, sino que se propone sustraer al juzgador toda capacidad de maniobra al respecto, de forma que la decisión se imponga como obligatoria si concurren los presupuestos establecidos en la medida 204.

El Defensor del Pueblo (en funciones) Francisco Fernández Marugán, tras el asesinato de un menor a manos de su padre, el 26 de julio de 2019, en el que a pesar de haberse aplicado el Protocolo de valoración de riesgo de violencia de género sobre el menor y a pesar de haberse detectado el riesgo para el menor por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado “desagraciadamente no fue materialmente posible protegerle mientras se encontraba con su padre, dado que el régimen de visitas no había sido suspendido”, decide iniciar una actuación de carácter general al considerar imprescindible una modificación legislativa que supere la situación actual en la que la suspensión del régimen de visitas, en casos de condenas por violencia de género o durante la tramitación del procedimiento penal, no funciona de forma automática, porque no es una norma imperativa.

aprobación culminó en diciembre de 2017 con los Acuerdos alcanzados entre el Gobierno y el resto de las Administraciones. Vid. Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género. Congreso+Senado. Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, 13 de mayo de 2019.

La valoración del riesgo del menor en cada caso corresponde al juez y queda condicionada por la existencia de elementos probatorios que justifiquen las graves circunstancias y el potencial peligro para el menor en el caso concreto¹⁹.

Resulta imprescindible y urgente que se comprenda que, en los casos de menores víctimas de violencia de género, el mantenimiento de las relaciones familiares en todo caso, lejos de ser una medida que se adopte en su interés superior es una medida que choca frontalmente contra su bienestar²⁰.

Considera que el Pacto de Estado establece el marco adecuado para abordar una urgente modificación legislativa. La citada modificación debería tomar en consideración que los menores de edad son siempre víctimas de la violencia de género que se ejerce sobre sus madres, porque la violencia no se encapsula sino que irradia efectos perversos sobre sus hijos. El Estado debería asegurar, por tanto, la suspensión del régimen de visitas, siempre que exista una orden de protección en vigor respecto a su madre. Esa suspensión no debería depender de la existencia de pruebas de que el menor haya presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia.

Por todo ello realiza el 18 de diciembre de 2019, las siguientes Recomendaciones²¹:

- 19 La Fiscalía General del Estado justifica la no adopción de medidas de protección respecto del menor en la propia declaración de la madre, quien afirmaba que nunca había sido violento con ellos. Respecto a la no adopción de suspensión del régimen de visitas se alega que existía un acuerdo entre ambos cónyuges, que se encontraba en fase de homologación judicial en el juzgado de primera instancia que conocía del procedimiento de separación.
- 20 El 30 de agosto de 2021 entró en vigor la nueva Ley de la Infancia en Andalucía, Ley 4/2021, de 27 de julio, en cuya Disposición adicional novena se recoge que “El Defensor del Menor de Andalucía, creado por la Ley 1/1998, de 20 de abril, pasa a denominarse Defensoría de la Infancia y Adolescencia de Andalucía”. Asimismo, la nueva ley otorga una ampliación de las competencias de la Defensoría de la Infancia como instrumento para la protección y defensa de los derechos de los menores. Tras dos décadas desde la creación del Defensor del Menor en Andalucía, el cambio de nombre es una reivindicación de la Institución andaluza en la consolidación de su papel como garante de los derechos de la infancia y adolescencia que contempla el Estatuto de Autonomía y las directrices del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, además de responder a la demanda de la sociedad andaluza por dar una mayor trascendencia al desarrollo y protección de los derechos de las personas menores de edad. El Defensor de la Infancia y la Adolescencia de Andalucía, Jesús Maetzú, ha valorado muy positivamente esta nueva ley que garantiza “una protección integral a los niños y niñas y adolescentes en nuestra Comunidad, atendiendo sus necesidades, regulando sus derechos y deberes y reconociendo un destacado protagonismo a las familias como eje primordial y principal para el desarrollo del menor”, entre otros aspectos. Como ya ha manifestado en el Parlamento andaluz con motivo de su tramitación y debate, “se trata de una ley necesaria que actualiza y modifica la regulación hasta ahora vigente en relación con las nuevas demandas y circunstancias sociales que están incidiendo en este colectivo especialmente vulnerable de nuestra sociedad”. Para Jesús Maetzú, “la evolución que la figura del niño y de la niña ha tenido en los últimos años demandaba articular una legislación acorde con esta nueva dimensión social”. Esta nueva norma nace con una clara vocación de otorgar mayor protagonismo al principio del interés superior del menor en su triple dimensión como derecho sustantivo, principio general y norma de procedimiento e incorpora innovaciones significativas para su protección integral como el valor social de la infancia, la promoción del bienestar, el buen trato a la infancia, los valores de respeto, convivencia y no violencia, el impulso de la alfabetización digital, o la novedosa regulación de las situaciones de riesgo.
- 21 DEFENSOR DEL PUEBLO, Resumen Ejecutivo Informe Anual, 2019, Disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/05/Resumen_Ejecutivo_Informe_Anuo_2019.pdf

1. Que se haga uso de la iniciativa legislativa del Gobierno para la modificación de las normas necesarias que establezcan, con carácter imperativo, la obligación de un pronunciamiento específico acerca de la suspensión cautelar o provisional del régimen de visitas para el inculpado por violencia de género, siempre que exista una medida de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones respecto de la madre.

2. Introducir las modificaciones normativas necesarias de modo que la existencia de una medida de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones respecto de una mujer víctima de violencia de género, haya de ser trasladada de modo inmediato al juzgado que esté conociendo o haya conocido del procedimiento de separación o divorcio, a fin de que este se pronuncie sobre la suspensión del régimen de visitas de los menores, durante la vigencia de la medida respecto a la madre.

La reforma del artículo 94 CC hace suya la medida 204 propuesta en el Pacto de Estado, en cuanto que incluye:

- La suspensión imperativa del régimen de visitas.
- Se aplica no sólo cuando el menor haya presenciado o sufrido las manifestaciones de la violencia, sino también cuando haya convivido con manifestaciones de violencia.

III. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 94 CÓDIGO CIVIL.

El objeto fundamental del artículo 94 CC no es otro que resolver la situación que se deriva de las crisis matrimoniales en las que la ruptura de la convivencia entre los progenitores determina la imposibilidad de que ambos, de forma simultánea puedan cumplir con los deberes inherentes y ejercer los derechos derivados de la patria potestad respecto de la descendencia habida en común.

El contenido de la patria potestad aparece recogido en el artículo 154 CC, y ha sido modificado a partir de la entrada en vigor de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, en los siguientes términos:

“Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad como responsabilidad parental se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º. Representarlos y administrar sus bienes.

3º. Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimientos contenciosos o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptadas a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialista cuando ello fuera necesario.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

El fundamento de este derecho de relación, se encuentra según la doctrina, en el interés del menor, y se considera como un derecho-deber subjetivo del progenitor no custodio y como un derecho del menor²².

Se trata de un derecho reconocido en el artículo 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño, cuando afirma: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo si ello fuera contrario al interés del menor”. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea también lo reconoce como un derecho del niño, en su artículo 24.3: “Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”, regulación que ha servido de fundamento para la modificación del artículo 160 CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que con anterioridad a la modificación lo configuraba como un derecho del progenitor que no ejercía la patria potestad y

22 Vid. RIVERO FERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997 y *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000; ROMERO COLOMA, A.: *Incumplimiento del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar*, Colección Scientia Iuridica, Madrid, 2010; ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, Madrid, 2014; RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad: Ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores: derecho de visita*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014.

pasa en la actualidad a ser un derecho del menor, aunque el legislador no modificó el texto del artículo 94 CC.

El Tribunal Constitucional respecto al referido art. 94 CC afirma en la Sentencia núm. 176/2008, de 22 de diciembre²³, que “se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos. Sin embargo la necesaria integración de los textos legales con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo, como un derecho básico de éste último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa. [...]”.

Deducimos por tanto que la patria potestad se encuentra al servicio del interés superior del menor, y tanto el menor como el progenitor no custodio son titulares de un derecho de visitas y comunicación, al servicio igualmente del interés superior del menor, que podrán limitarse o suspenderse, en virtud de la atribución al juez de una amplia facultad discrecional.

¿Qué novedades contempla la nueva redacción del artículo 94 CC respecto de la doctrina sentada con anterioridad?

Podemos advertir que el referido precepto establece:

I. Una regla general para los supuestos en que no proceda la guarda y custodia compartida.

“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. La autoridad judicial fijará estos derechos previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal”.

El artículo 94 CC, no define lo que se entiende por “visitas”, o en qué consiste el derecho a visitar, comunicar y tener en su compañía a los hijos. No obstante, sí que lo hace el Reglamento (CE) nº 2201/03 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento, y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental²⁴, que en su artículo 2.10 define en particular, el derecho de visita como “el derecho a trasladar a un menor a un lugar distinto de su residencia habitual durante un período de tiempo

²³ BOE núm. 21, 24 de enero de 2009.

²⁴ Reglamento que quedará derogado a partir del 1 de agosto de 2022, por el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como de sustracción de menores. Con esta normativa, la Comisión renueva la última legislación en cuestión de conflictos familiares internacionales.

limitado”, idéntica redacción del “derecho de visita, encontramos en el artículo 2.10, del Reglamento 2019/1111²⁵.

Si bien, del artículo 94 CC se puede deducir que el derecho de visita o a relacionarse, implica además de la visita stricto sensu, el derecho de comunicación y tenerlos en su compañía o estancia, se pueden distinguir:

- Entendiendo por “visitas”, aquel período de tiempo que los menores pasan con el progenitor con el que no conviven²⁶.

- Diferente es la “estancia”, que podría definirse como aquel período de tiempo más largo que la visita en el que el menor está en compañía del progenitor no custodio, como por ejemplo períodos vacacionales, y

- Con “comunicación”, nos referimos al hecho de tener noticias o estar en contacto el progenitor no custodio a través del teléfono mediante llamadas o mensajes de WhatsApp, Skype, correo electrónico, o por otro tipo de aplicación de mensajería instantánea, o de medios en desuso actualmente como cartas, en los períodos en los que se encuentre en compañía del otro progenitor. Intrínsecamente relacionado con el derecho a la comunicación, estaría el derecho a obtener información sobre el menor como podrían ser la visita al médico de urgencias por el mal estado de salud, hospitalización, o intervenciones quirúrgicas urgentes, o bien información relativa a su educación, como cualquier noticia notificada desde el colegio/instituto personalmente al progenitor custodio, para que el progenitor no custodio pueda implicarse en el seguimiento de la marcha del curso escolar de su hijo.

Se puede concluir que el ejercicio del derecho de visita debe conceptualizarse en función de dos elementos; en presencia del menor (visita y estancia) y sin la presencia del menor (comunicación)²⁷.

2. Excepciones facultativas a dicha regla general.

La autoridad judicial podrá limitar o suspender dichos derechos de comunicación, visitas y relación, en dos supuestos:

25 El apartado 7 del artículo 2 del Reglamento 2201/03, define la responsabilidad parental como “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita”. Definición que reproduce el artículo 2.7 del nuevo Reglamento 2019/1111. Vid. MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda y custodia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 412.

26 El diccionario de la RAE define “visitar”, como la acción de ir a ver a alguien en el lugar en el que se halla.

27 CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012, p. 295.

a) Si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen. La reforma modifica el calificativo de grave de la redacción anterior por el de relevante, lo que va a generar según Ortega Calderón una elevada indefinición jurídica, si tenemos en cuenta que tales circunstancias relevantes no pueden fundarse en la pendencia de un proceso penal, pero tampoco en el incumplimiento grave o reiterado contemplado en el supuesto siguiente. Hace notar como la jurisprudencia ya se refería a tales circunstancias como graves y si dicho término ya generaba dificultades en su aplicación práctica para reconducirlo a supuestos distintos a los de la segunda excepción facultativa y que antes de la reforma encontraban acomodo en los casos de pendencia del proceso penal, puede ocurrir que nos encontremos ante un cajón residual en el que ubicar la solución a los supuestos no acogidos en las demás hipótesis, lo que genera mayores dificultades interpretativas²⁸.

b) Si se incumpliere grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Supuestos como, el incumplimiento del régimen de visitas previamente fijado por el juzgador²⁹ o la desatención respecto de la pensión alimenticia, pueden amparar esta decisión.

Si bien el Tribunal Supremo, en ciertas ocasiones, ha privado de la patria potestad y con ello el cese del derecho a relacionarse con el menor. En este sentido, se declara en la STS 291/2019, 23 mayo 2019³⁰, que “una falta de comunicación prologada, revela per se un gravísimo incumplimiento de las obligación con su hijo menor de edad, qué basta para justificar la privación de la patria potestad ya acordada. Alejamiento del padre respecto del menor que fue libre y conscientemente impuesto de manera unilateral por aquel. [...] Se añade que el progenitor no ha abonado puntual y voluntariamente las pensiones alimenticias establecidas en favor del niño, lo que opera como concausa para la privación de la patria potestad [...]. Es por ello por lo que no cabe sino concluir, que el interés del menor justifica la procedencia de la privación de la patria potestad del menor, privación que lógicamente conlleva el cese de cualquier derecho del progenitor a relacionarse personalmente con su hijo, por lo que no ha lugar a establecer régimen de visitas alguno”.

Ante un caso similar de dejación por el recurrente de las obligaciones inherentes a la patria potestad, tanto en la esfera patrimonial como en la afectiva, se afirma en la STS 514/2019, 1 noviembre 2019, que “no tendría sentido, por ir contra el interés de la menor, que quien se ha desatendido gravemente de ella, tanto en lo afectivo como en lo patrimonial, conserve, potencialmente, facultades de decisión sobre ella derivadas de la patria potestad. Ello no impide que en el futuro, y en beneficio

28 “La suspensión”, cit., p. 8.

29 Vid. ROMERO COLOMA, A.: *Incumplimiento del derecho de visitas*, cit.

30 ROJ: STS 1661/2019. Vid. MAGRO SERVET, V.: “La privación de la patria potestad como medida civil aplicable en el proceso penal”, *Revista de Derecho de Familia*, 1/2017.

de la hija, si el recurrente cumple lo declarado y prometido, los Tribunales puedan acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubieran cesado las causas que lo motivaron (art. 170, párrafo segundo, CC)”³¹.

Recientemente, el impago de los alimentos se ha considerado “violencia económica”, denominación utilizada en la STS, Sala Segunda, de lo Penal, 239/2021, 17 de marzo 2021³².

3. Excepciones de carácter imperativo.

Se introducen dos excepciones desconocidas hasta ahora y expresión del mandato del Pacto de Estado contra la violencia de Género. No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que:

a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de sus hijos³³.

31 ROJ: 2974/2019.

32 ROJ: 914/2021, “[...] el delito de impago de pensión alimenticia que puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, al punto de que si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo. Todo ello determina que podamos denominar a estas conductas como violencia económica cuando se producen impagos de pensiones alimenticias. Y ello, por suponer el incumplimiento de una obligación que no debería exigirse ni por ley ni por resolución judicial, sino que debería cumplirse por el propio convencimiento del obligado a cubrir la necesidad de sus hijos; todo ello desde el punto de vista del enfoque que de obligación de derecho natural tiene la obligación al pago de alimentos. [...] Además, si no se satisface la pensión alimenticia en la cuantía que se estipuló en convenio o resolución judicial será el progenitor que se queda con ellos en custodia quien tiene que sustituir con su esfuerzo personal, como hemos expuesto, el incumplimiento del obligado, con lo que, al final, se ejerce una doble victimización, a saber: sobre los hijos como necesitados de unos alimentos que no reciben y sobre el progenitor que debe sustituir al obligado incumplidor por tener que cubrir los alimentos que no presta el obligado a darlos”.

33 Según manifiesta el Grupo Parlamentario VOX, en el recurso de inconstitucionalidad presentado, “En el párrafo 4º del artículo 94 del CC se constatan dos supuestos en los que el progenitor queda privado del derecho de visita o estancia de los hijos. Uno es su primer inciso, en el que la privación es automática, el progenitor se ve privado de estos derechos por imposición de la ley y los menores quedan privados del contacto con el progenitor por decisión del legislador, que no da opción a que el juez aplicando el derecho positivo al caso concreto, pueda pronunciarse sobre la cuestión. El órgano judicial no puede resolver de manera distinta, de modo que no podrá valorar si esa es la mejor opción, atendiendo a los pormenores del caso, al ser sustituido su pronunciamiento por la decisión del legislador, lo que supone la vulneración de lo dispuesto en el artículo 117 CE, con relación al artículo 39 CE, pues el precepto limita e impide el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, en exclusiva corresponde a los órganos integrantes del poder judicial. Añade, que no se trata esta de la única vulneración, pues al sustituirse la resolución judicial por la decisión del legislador, se priva también. Al progenitor que se considere lesionado en sus derechos, de la posibilidad de recurrir la decisión que debiera haber adoptado el órgano judicial, privándosele de la posibilidad de acceder a la tutela judicial efectiva, obteniendo un pronunciamiento razonado que expusiera las razones que imponen la privación de un derecho legítimo por la mayor protección que requiere un interés superior. Se vulnera con ello el artículo 24.1 CE”.

b) Cuando se aprecie la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, conforme a las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas³⁴. No existe en este caso proceso penal abierto, ya que si se hubiera incoado habría que aplicar la regla anterior.

Nos encontramos con dos alternativas legales de las que se predica la misma consecuencia, pero ¿se trata de situaciones tan análogas como para provocar la misma consecuencia?

Que un progenitor esté incurso en proceso penal por atentar contra la vida, integridad física, moral, libertad o indemnidad sexual del otro o de los hijos, reclama la existencia de un proceso penal, en cualquiera de sus fases procesales, por tanto desde su fase de instrucción hasta la fase de ejecución de la sentencia firme de condena³⁵. El juez civil se encuentra por tanto con un proceso penal en curso, en sus distintas fases, y acomoda su decisión a la valoración que sobre los indicios de infracción penal y autoría realiza el juez del orden penal.

Que no exista proceso penal alguno, pero considere que de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas resulten indicios fundados de violencia de género o doméstica. En este caso se ofrece al juez civil la posibilidad de valorar y expresar en su resolución judicial que ha alcanzado la convicción de que existen indicios fundados de delito para fundar su propia decisión judicial sobre la cuestión litigiosa esencial que se somete a su consideración. Surgen interrogantes en este caso tales como ¿cómo concluir que existen indicios fundados de violencia doméstica o de género si no existe un proceso penal incoado al efecto? ¿se opta por la solución de suspender el régimen de visitas y estancias cuando el juez advierte la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, y no cuando tales indicios le vienen confirmados precisamente por la pendencia del propio proceso penal?³⁶

34 Respecto a este segundo inciso, se afirma en recurso de inconstitucionalidad que “[...] a pesar de la aparente diferencia con relación al supuesto anterior, se trata sin embargo de un supuesto esencialmente idéntico, pues la privación de derechos de visita y estancia del progenitor se materializa de forma automática por decisión del legislador, sin que la autoridad judicial se pronuncie sobre el caso concreto aplicando el derecho positivo y resuelva a favor de la mejor opción para el interés del menor, a tenor de las peculiaridades del supuesto específico”. Considera “vulnerados los artículos 117 en relación con el 39 y 24 CE acudiendo a los mismos argumentos expuestos en el supuesto anterior. Pero, además en este segundo supuesto, se añade la vulneración de la reserva de Ley Orgánica, tal y como resulta de los artículos 81.1 y 122 CE, así como del derecho del juez ordinario predeterminado por la ley, que consagra el artículo 24 CE”. Vid. GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: “Incidencia de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas”, *Diario La Ley*, núm. 7480, 2010. GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: “Hijas e hijos víctimas de la violencia de género”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8. 2018, pp.1-27; CASADO CASADO, B.: “Limitación de funciones parentales para la salvaguarda del menor en situaciones de violencia de género”, *Rev. Bolv. de Derecho*, nº 28, 2019, pp. 80-113; SILLERO CROVETTO, B.: “Revisión de las medidas civiles relativas a la asistencia y protección de menores como consecuencia de la violencia de género”, en *Protección jurídica de menores víctimas de violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 111-170.

35 ORTEGA CALDERÓN, J.L.: “La suspensión”, cit., p. 11.

36 Vid. REYES CANO, P.: “Menores y violencia de género: de invisibles a visibles”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49/2015, pp. 181-217 y “La Patria Potestad a examen ante la violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 51/2017, pp. 335-356; VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estado actual de la guarda y custodia y el

La respuesta, a las contradicciones que podemos observar en estas reglas previstas por el legislador es, llevar a cabo una interpretación sistemática, y concluir que tanto en el supuesto de que exista o no proceso penal, pero en todo caso existen indicios fundados de violencia, opere la regla de la supresión ex lege de los derechos de visita y estancia, si bien la existencia del proceso penal constituye el mejor indicio.

4. La excepción de la excepción.

Continúa el artículo 94:

“No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar”.

Exige el legislador para eludir el automatismo ex lege y permitir la acomodación de la respuesta judicial la concurrencia de dos parámetros:

- a) Interés superior del menor³⁷
- b) La previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar.

La referencia legislativa al interés superior del menor induce a pensar que el legislador admite que aunque concorra una situación de violencia intrafamiliar, la misma puede que no se proyecte de forma tan relevante sobre el interés del menor, en concreto, sobre la dimensión del mismo. Lo que significa que ¿no todo comportamiento penalmente relevante en el ámbito de la violencia afecta negativamente al interés del menor? ¿afecta, negativamente al interés superior del menor?, sí, pero ¿no con la intensidad suficiente para afectar a las relaciones paternofiliales hasta el punto de suspender las diferentes manifestaciones de las mismas?

En la reciente STS 729/2021, 27 octubre 2021, se afirma que “no es conveniente adoptar el sistema de custodia compartida pues, de los hechos probados en la sentencia penal, queda acreditado el desprecio del padre hacia la madre, y el tono vejatorio y humillante con que se dirigía a ella, por lo que resulta inimaginable cualquier tipo de comunicación entre los progenitores, y es impensable que se dé

régimen de visitas ante supuestos de violencia de género”, en *Logros y Retos, Actas III Congreso Universitario Investigación y Género* (coord. I. VÁZQUEZ BERMÚDEZ), Universidad de Sevilla, 2011, pp. 2040-2057.

37 Vid. TORRES PEREA, J. M.: “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *Diario La Ley*, n° 8737, Sección doctrina, 8 de abril de 2016; MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016.

el necesario intercambio de información de las cuestiones que afectan a los hijos, ni el apoyo o respeto mutuo como padres, ni la comunicación a los niños de un clima de lealtad mutua. En consecuencia procede casar la sentencia y confirmar lo resuelto en la sentencia de primera instancia por lo que se refiere a la guarda y custodia en favor de la madre y la pensión alimenticia que fijó a cargo del padre y a favor de los hijos, en atención a que la guarda se atribuye exclusivamente a la madre. También se confirma, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 94.4 CC último inciso, el régimen de estancia y visitas del padre fijado en la sentencia de primera instancia, que consideró adecuado el propuesto por el informe psicosocial, y que se mantiene por entender que es positivo para los padres que no se vean privados de la relación y contacto con su padre, al no advertir en los hechos probados en las sentencias condenatorias riesgo para su integridad y haber sucedido hace tiempo y no constar nuevas condenas ni denuncias³⁸.

La evaluación de la relación paternofamiliar creemos es una exigencia previa a la valoración del interés del menor; difícilmente puede entenderse qué demanda el interés superior del menor si no se examina su relación con sus progenitores. Ahora bien, ¿cómo debe evaluarse la relación paternofamiliar? ¿existen recursos personales y materiales en la jurisdicción de familia que puedan ofrecer una valoración integral de esta relación sobre la que construir una decisión tan relevante?

Para valorar la idoneidad del régimen de visitas, por consiguiente, se convierte en primordial valorar la relación de afectividad entre los progenitores y su hijo, a través de un informe del equipo psicosocial, pues mediante el análisis psicológico del padre, de la madre y del menor, que realizan los profesionales del equipo psicosocial, se puede conocer el estado de sus relaciones y facilitar la información necesaria al juez para que establezca el régimen de visitas más conveniente entre los progenitores y su hijo menor³⁹.

El artículo 92.9 CC dispone que “El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor,

38 ROJ: 4022/2021. “En este supuesto el Juzgado de lo Penal de Cáceres dictó el 17 de julio de 2019 una sentencia condenatoria de D. Rosendo por un delito de violencia de género, maltrato, del artículo 153.1 y 3 Código Penal cualificado por producirse en el domicilio común, por el que se le impone pena de prisión de nueve meses y un día, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por los dos años y prohibición de aproximarse en un radio no inferior a 100 metros a doña Clemencia, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, así como de comunicar con ella por ningún medio, por dos años, y por un delito leve continuado de vejaciones injustas del artículo 173.4 Código Penal, por el que se le condena a 20 días de localización permanente en domicilio diferente y alejado de Doña Clemencia y prohibición de aproximarse en un radio no inferior a 100 metros, así como de comunicar con ella por ningún medio por seis meses y un día. Esta resolución fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, sentencia nº 37/2020, de 3 de febrero”.

39 SÁNCHEZ URBANO, C.: “Régimen de visitas entre hijos menores y progenitor no custodio interno en centro penitenciario (mención especial a los casos de violencia de género)”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2019, p. 4.

podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior". El apartado 10, de este artículo 92 CC establece que: "El Juez adoptará, al acordar fundamentalmente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos"⁴⁰.

5. La excepción, de la excepción, de la excepción.

"No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior".

Hasta la nueva redacción del artículo 94 CC, encontrábamos en el análisis de las sentencias del Tribunal Supremo a este respecto, pronunciamientos en los que, amparado en la normativa vigente, el alto tribunal se manifiesta en sentido contradictorio.

El TS en sentencia núm 319/2016, 13 mayo 2016, confirmando la de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, afirma que "en la sentencia recurrida no se priva de la patria potestad, sino que simplemente se suspende su ejercicio, dado que se encuentra en un centro penitenciario, en aplicación de lo dispuesto en el art. 156 del C. Civil, dada la imposibilidad de su ejercicio efectivo. [...] Concorre una base jurídica sólida para suspender el ejercicio de la patria potestad, sin perjuicio de lo cual en el ejercicio de una ponderada valoración del interés de los menores, mantiene el derecho de visita, si bien restringido.

El Tribunal no argumenta la naturaleza y fundamento del derecho de visita, sin embargo esgrime el nuevo concepto de interés del menor desarrollado en el art. 2 de la Ley Orgánica 8/2015, para justificar el mantenimiento del régimen de visitas de los niños con el padre ingresado en prisión por delitos de violencia presenciados por los mismos⁴¹.

40 El Capítulo III, artículos 26 a 29, de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, se dedica al ámbito familiar, y parte de la idea de familia, en sus múltiples formas, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, por lo que debe ser objetivo prioritario de todas las Administraciones Públicas, al ser el primer escalón de la prevención de la violencia sobre la infancia, dedica por ello el contenido del artículo 26 a la prevención en el ámbito familiar. El artículo 27 se dedica a las actuaciones específicas de las Administraciones Públicas en el ámbito familiar. Especial atención deben prestar las Administraciones Públicas a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en los casos de ruptura familiar, a fin de garantizar que la ruptura de los progenitores no implique consecuencias perjudiciales para el bienestar y el pleno desarrollo de los mismos. Citando expresamente el "Impulso de los gabinetes psicosociales de los juzgados así como de servicios de mediación y conciliación". El artículo 29 contempla las actuaciones de las Administraciones Públicas en situación de violencia de género en el ámbito familiar.

41 Se había acordado un régimen de visitas entre padre e hijos, una vez al mes que se fijarán según las normas establecidas por el centro penitenciario a cuyo fin el interno cursará las peticiones ante los órganos

Por otro lado, “considera desproporcionado supeditar la posibilidad de alterar el sistema de comunicaciones, a la plena libertad del recurrente, pues habrá de permitirse que pueda instarlo desde que consiga el tercer grado y/o la libertad condicional. En caso contrario, no podría ver a los menores en el centro penitenciario (en el que ya no estaría), ni mediante otro sistema de visita. Y por la misma razón, procede dejar sin efecto la suspensión del ejercicio de la patria potestad, desde que el recurrente disfrute de libertad condicional, pues en dicho momento cesará el internamiento (completo o parcial) que justificaba la imposibilidad del ejercicio”⁴².

Se mantiene, por tanto, la suspensión del ejercicio de la patria potestad, sólo hasta que obtenga la libertad condicional de la totalidad de las condenas.

En sentido contrario se había pronunciado el TS en sentencia 680/2015, 26 noviembre 2015, por la que “confirma la atribución del ejercicio conjunto de la patria potestad, y se suspende el régimen de visitas, al progenitor ingresado en prisión por delitos de violencia de género”⁴³. Suspensión que se argumenta en el art. 94 CC y art. 66 Ley Orgánica 1/2004, así como el art. 2 Ley Orgánica 8/2015, refiriéndose expresamente el Tribunal Supremo a la exigencia de la ley de que, la vida y el desarrollo del menor lo sea en un entorno libre de violencia”⁴⁴.

Ha sido recientemente, en el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 6 noviembre 2019⁴⁵, que inadmite el recurso de casación y declara firme la sentencia dictada con fecha de 30 de enero de 2019 por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, donde encontramos la postura más coherente, ante el supuesto de estar el padre en prisión e incurso en un procedimiento de violencia de género, se atribuye a la madre el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental y transitoriamente, mientras el padre se encuentre en prisión, se suspende el derecho de comunicación, estancia y relación.

Los antecedentes, son los que siguen: “la madre, ahora recurrida, a través del procedimiento de divorcio, interesó la custodia sobre los menores nacidos en

correspondientes, debiendo ir los menores acompañados por una tercera persona de la confianza de ambos progenitores, de la madre, o bien de cualquiera de las personas que en su momento llevaron a cabo las entregas y recogidas de los menores en anteriores visitas. En la misma línea esta Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia 1038/2015, de 7 de diciembre, corrobora la dictada por el Juzgado de Violencia, en la que se suspende el ejercicio de la patria potestad al padre en materia de educación y salud, ya que este se encontraba privado de libertad por delitos de violencia de género, a lo que se añade como razón para ello, la imposibilidad de contacto con la figura materna, por la prohibición de comunicación con ella.

42 ROJ: 2129/2016.

43 En este sentido se manifiestan la SSAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, núm 161/2015, de 25 de marzo y núm. 298/2016, de 14 de enero, en las que se ratifica la suspensión del régimen de visitas por la privación de libertad del padre, pero otorgando el ejercicio conjunto de la patria potestad.

44 ROJ: 4900/2015.

45 ROJ: ATS 11743/2019.

2008 y 2010, y el ejercicio en exclusiva de la patria potestad, sin régimen de visitas para el padre y pensión de alimentos a cargo del padre. Mediante sentencia se atribuye a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad, destacando que el padre está en prisión desde octubre de 2017, y está incurso en procedimientos penales por violencia de género, estimando conveniente dicha medida para evitar que la ausencia paterna -estar en centro penitenciario- pueda impedir llevar a cabo determinadas gestiones o trámites en que resulte necesario el consentimiento paterno; en relación a las visitas, dispone, en exclusivo interés de los menores, y al considerar que el centro penitenciario no es el lugar más idóneo para los menores, y en tanto se encuentre en prisión, la suspensión transitoria del régimen de visitas, sin perjuicio de que a su salida se inste lo oportuno; añade que el informe obrante en autos de UVIVG de mayo de 2018, pone de manifiesto la incidencia en el núcleo familiar del problema de consumo del alcohol del padre, por lo que aconseja la suspensión de visitas también por ese motivo, y por último refiere su diagnóstico por trastornos mentales y comportamiento por abuso de alcohol y síndrome de dependencia. Recurrida por el padre la sentencia, reclama visitas para sí y la familia paterna, se confirma el pronunciamiento de la instancia, en interés y beneficio de los menores, si bien considera que en dicho interés procede acordar un contacto telefónico, dos a la semana, mientras se encuentre en prisión, debiéndose valorar a su salida -dice la Audiencia- y respecto de las restantes medidas solicitadas por el padre, la deshabituación alcohólica, al ser este un elemento importante a considerar, para retomar el contacto físico con los menores”.

IV. CONCLUSIONES.

Los cambios introducidos por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por el Estatuto de la Víctima del delito y por la Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia de género 1/2004, permitieron reconocer -expresa y legislativamente- que los menores son víctimas de la violencia de género en el ámbito de las relaciones familiares, y que los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tienen derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en el ordenamiento jurídico español por sí mismos, no de forma indirecta. En este sentido, la protección de los menores frente al victimario, y de la madre frente a la instrumentalización de los menores como sujetos involuntarios de las agresiones de su pareja o ex pareja, debe extenderse también en la fijación del régimen de relaciones familiares entre los niños, niñas o adolescentes y el progenitor que ejerce violencia de género en el entorno familiar, una vez se rompe la relación de pareja.

Era necesaria una revisión de la categoría jurídica de la patria potestad definida en nuestro Código Civil mediante el análisis y la revisión a fondo de los valores

que la sustentan. Y es que la norma debe basarse en los principios reconocidos en los diferentes textos fundamentales que están en vigor en nuestro país. La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas, educativas, como emocionales y afectivas, así como el derecho a desarrollarse en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, son criterios generales para la interpretación y aplicación en cada caso del interés del menor.

En situaciones de violencia de género, se puede constatar que existe suficiente amparo jurídico para atribuir a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad, si bien ha existido una inercia a otorgar el ejercicio conjunto a la madre y al padre, lo que provocaba, por una parte, graves dificultades en la toma de decisiones de todo tipo: administrativo, escolar, o sanitario, en las que la madre necesitaban el consentimiento del padre y se podían encontrar, tanto con la oposición de éste, como su pasividad o la falta de colaboración, y en todo caso, perjudicaba gravemente el interés del menor.

Resultaba por ello necesaria la reforma del artículo 156 del Código Civil así como de los artículos 92 y 94. Modificaciones acordes con la definición del interés del menor que recoge el artículo 2 de la Ley Orgánica, 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Se trata, en último término, de ordenar la custodia individual y el derecho de visitas y comunicación desde el principio de preservar al menor de una situación objetiva de peligro o riesgo. Suspender el régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de la adopción de las medidas necesarias para impulsar la aplicación de los arts. 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004. Reforzar todas las medidas que en fase de prevención ya están previstas, con coordinación de los distintos agentes implicados, así como la implementación de Protocolos que puedan evaluar la situación de riesgo a la que se expone el o la menor. En caso de que no pueda garantizarse un entorno seguro y libre de violencia, no establecer contactos con el progenitor, y si el interés del menor lo aconseja, ponderando todas las circunstancias, ser sumamente restrictivos, con la debida cautela por parte del tribunal a la hora de fijarlo y que dicho contacto tenga lugar en un espacio especializados para la atención a los casos de violencia de género, dotado de profesionales con una formación de calidad en violencia de género y en el impacto de dicha violencia en la infancia, y con un seguimiento periódico de su evolución.

Y todo ello a partir de la consideración de que los menores de edad son siempre víctimas de la violencia de género que se ejerce sobre sus madres, porque la violencia no se encapsula sino que irradia efectos perversos sobre sus hijos.

Esperemos que esta reforma consiga ofrecer un nivel de garantía suficiente a los derechos de los niños y niñas víctimas de violencia de género, en cuanto permite al órgano judicial imponer medidas que pasan por el alejamiento del progenitor victimario y por la reducción del haz de facultades vinculado al ejercicio de la autoridad parental, y el legislador ha establecido para ello, límites infranqueables al margen de apreciación del juez.

BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA SAN MARTÍN, A.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, Madrid, 2014.

CASADO CASADO, B.: "Limitación de funciones parentales para la salvaguarda del menor en situaciones de violencia de género", *Rev. Boliviana de Derecho*, nº 28, 2019, pp. 80-113.

CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012.

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA, *Informe al Parlamento*, 2020, Disponible en https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/7550_d_InformeDMA2020.pdf

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Resumen Ejecutivo Informe Anual*, 2019, Disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/05/Resumen_Ejecutivo_Informe_Anual_2019.pdf

DOCUMENTO REFUNDIDO DE MEDIDAS DEL PACTO DE ESTADO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. CONGRESO+SENADO. Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, 13 de mayo de 2019.

GIL RUIZ, J.M^a.: *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubdiscriminatorio: La suspensión del derecho de visitas en contextos de violencia de género*", Madrid, Editorial Dykinson, 2018.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: "Hijos e hijas víctimas de la violencia de género", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 1 octubre 2018, pp. 1-27.

GUILARTE SÁNCHEZ-CALERO, C. "Atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género", en DE HOYOS SANCHO, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 203-230.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: "Incidencia de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas", *Diario La Ley*, núm. 7480, 2010.

MAGRO SERVET, V.: "La privación de la patria potestad como medida civil aplicable en el proceso penal", *Revista de Derecho de Familia*, 1/2017.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: "Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género", *InDret*, abril, 2018, pp. 1-26.

MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016.

ORTEGA CALDERÓN, J.L.: "Régimen de estancia visitas, comunicaciones y relación con menores tras la LO 8/2021 de 4 de junio", 2021. Disponible en: <https://elderecho.com/>

ORTEGA CALDERÓN, J.L.: "La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código civil tras la reforma por Ley 8/2021, de 2 de junio", *Diario La Ley*, nº 9892, 15 de julio 2021.

PÉREZ VALLEJO, A. M^a. "Custodia compartida y violencia de género: cuestiones controvertidas es art. 92.7 Código Civil", *Revista de Estudios de las Mujeres*, vol. 4, 2016, pp. 87-115.

REYES CANO, P.: "Menores y violencia de género: de invisibles a visibles", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49/2015, pp. 181-217.

REYES CANO, P.: "La Patria Potestad a examen ante la violencia de género", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 51/2017, pp. 335-356.

RIVERO FERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997.

RIVERO FERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.

RODA Y RODA, D.: "El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad: Ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores: derecho de visita", Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014.

ROMERO COLOMA, A.: *Incumplimiento del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar*, Colección Scientia Iuridica, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ URBANO, C.: "Régimen de visitas entre hijos menores y progenitor no custodio interno en centro penitenciario (mención especial a los casos de violencia de género)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2019.

SILLERO CROVETTO, B.: "Análisis y evaluación de las competencias civiles de los Juzgados de violencia sobre la mujer", *Revista de Derecho de Familia*, n.º 54, 2012, pp. 57-94.

SILLERO CROVETTO, B.: "Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: Criterios relevantes". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, n.º 6, 2017, pp. 11-40.

SILLERO CROVETTO, B.: "Revisión de las medidas civiles relativas a la asistencia y protección de menores como consecuencia de la violencia de género", en *Protección jurídica de menores víctimas de violencia de género* (dir. C. SÁEZ LARA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 111-170.

TORRES PEREA, J. M.: "Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial", *Diario La Ley*, n.º 8737, Sección doctrina, 8 de abril de 2016.

UREÑA CARAZO, B.: "La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016.

VERDERA IZQUIERDO, B.: "Estado actual de la guarda y custodia y el régimen de visitas ante supuestos de violencia de género", en *Logros y Retos, Actas III Congreso Universitario Investigación y Género* (coord. I. VÁZQUEZ BERMÚDEZ), Universidad de Sevilla, 2011, pp. 2040-2057.